

# “人权条款”:宪法未列举权利的“安身之所”

张薇薇\*

内容提要:从我国宪法“人权条款”(即“国家尊重和保障人权”条款)在宪法规范体系中所处的位置、在中国法文化背景与当前时代背景下来看,它具有作为宪法具体权利的总括与成为宪法基本原则和价值的功能,且内在包含了对于宪法消极权利和积极权利的保护。宪法未列举权利条款可以在不损害宪法稳定性与宪法权威的前提下为新兴宪法权利的保护提供规范支持。我国宪法的“人权条款”为宪法未列举权利提供了“安身之所”。

关键词:人权条款 宪法未列举权利 结构主义

宪法在我国法律体系中具有至高的地位。如果将它视为法律体系中的王冠的话,宪法第 24 条修正案(宪法第 33 条第 3 款)则是王冠上的明珠。该修正案在“公民的基本权利和义务”一章的开端即规定了“国家尊重和保障人权”(以下称为“人权条款”),这体现了我国宪法接受了世界法治发展的趋势,将人权以明示、总括性保护的方式纳入到宪法规范之中。诚然,宪法规范中具体列举了诸多政治性与经济性的权利,但列举方式自身的局限使其无法对某些新兴的、未列举的基本权利进行保护。因此,“人权条款”在我国宪法规范中应做怎样的定位、它是作为宪法权利规范还是宪法权利原则而存在、其中能否涵盖宪法未列举权利等一系列问题值得深思与研究。

## 一、结构主义视野中的“人权条款”

在学术研究时,对问题的分析须微观分析配合宏观透视,才能使其相得益彰,这是一种具有普适性的研究方法。<sup>①</sup>正是基于这种考量,本文试图在对“人权条款”进行规范分析、解析人权的概念与该条款的规范意涵之时,牢记将其置于宪法规范体系、所处法文化及时代等宏观背景之下,以期能够将“树木”置于“森林”的背景下探讨“树木”自身的特点,尽力将“近景”与“远景”下的事物特征予以展现。

本文所说的结构主义视野即是在宏观背景下对“人权条款”的解析。结构主义最明显的特征是其“整体主义”的分析方式。在结构主义的视野中,对某一问题不应单独地割裂开来进行研究,各部分与整体存在着密不可分的联系,只有将各部分之间的关系和部分与整体之间的相互关系系统合起来,才能更恰当地理解部分。观点符号、概念或实践的意义取决于它们“嵌入”其中的更广阔的结构或相互关系。一个术语在不同的文本背景或文化背景下可能有不同的意义,还可能随着新的理论产生或时代的发展发生很大的改变。<sup>②</sup>因此,理解某个部分或某个事物,在进行具体分析之时,将其置于所“嵌入”的背景进行宏观透视,可能会更有利于适切、精当地理解它。

### (一)中国宪法第二章框架下的“人权条款”

在结构主义的视野中,除了对“人权条款”自身的字义进行文本文义分析,更要分析它所“嵌入”的宪法规范体系,将该条款置于整体规范之下,基于该条款与其他条款及规范全体的关系从而求得它的“真切”涵义。在我国宪法规范中,“人权条款”是第 33 条的第 3 款,而该条又是第二章“公民的基本权利和义务”的第 1 条,其所处的位置及由此所带来的争议即“它是一项具体的宪法基本权利,还是宪法基本原则”颇值得关注

\* 厦门大学法学院教师,法学博士。诚挚感谢对本文提供意见和帮助的孙祥生博士、熊静波博士和石丹同学,但该文中的所有问题和引发的责任由作者承担。

① 参见何炳棣:《读史阅世六十年》,广西师范大学出版社 2005 年版,第 278 页。

② 参见[瑞]皮亚杰:《结构主义》倪连生等译,商务印书馆 1996 年版,第 2 页。

与体味。就该条款所应处位置的争议而言,大体有三种主张:一种认为应位于宪法序言中,一种认为应位于宪法总纲中,还有一种认为位于当前的第33条最为适当。<sup>③</sup>出于对宪法权威与效力的尊重,本文不拟对“人权条款”应该在哪一结构位置更为恰当这一问题进行讨论,而将讨论重点放在以其现有位置来看会引发何种“客观解释”的命题。

一般认为,“人权”(human rights)的字面含义是指“人”的权利、人之为人权利。就其在汉语中的表述而言,实属“舶来品”。在西方学者的定义中,“人权”一词具有浓郁的“先(早)于国家”的特点。它更多地彰显了“天赋人权说(自然法)”所指涉的某些先国家、超越国家存在,具有不准让与、不得剥夺、与生俱来等特性”,<sup>④</sup>有学者认为,人权并不是立即或全部变为宪法保障的基本人权,在人权中具有特定内涵、被认为具有重要意义的一部分才能被规定为宪法,或者通过概括性的基本权利的规定变为宪法保障的“法的权利”。<sup>⑤</sup>对此,我国近代宪法学先贤也曾有这样经典的表述:“在国家成立以前为人权(即以人类资格享有的权利),在国家成立以后,则为公民权(即受国家保障的人权)”。<sup>⑥</sup>由此,产生了这样的疑问:我国“人权条款”中的“人权”二字是一种类似前述学者所说的先国家权利还是一种基于宪法规定而产生的规范权利,抑或兼具两种含义?“人权”是与该条款所属章所规定的诸如选举权与被选举权、表达自由等其他具体的宪法权利同等“位阶”的具体宪法权利,还是统领这些具体宪法权利的原则,抑或兼具两种功能?

我国宪法第33条的前两款分别谈的是享有基本权利和义务的主体及其主体的平等权。第34条及以下则为具体的宪法权利与义务,如选举权与被选举权、表达自由、宗教信仰自由与人身自由等等。第33条第1款谈享有基本权利的主体,第2款谈具体的宪法平等权,从逻辑上讲这是恰当的。“人权条款”之前的一款是具体的宪法权利平等权,而本章第34条以下各条也都是具体的宪法权利与义务。由此可见,将宪法第33条第3款中规定的“人权”视为一种具体的权利似乎是恰当的。然而,由于“人权”一词实在过于抽象,相对于其他具体宪法权利义务,其意涵过于宽泛和不确定,这样就与前后的权利义务形成了一个“汉堡包”——上下都是相对容易“消化”的面包,只有中间塞进去的是一块难以消化的肉块,甚至是更难消化的骨头。因此,将“人权”视为一种具体宪法权利的观点,即便乍一看从形式上和逻辑上说得通,但在进一步的分析和理解之后还是让人觉得接受起来有些障碍。

我们可以转换视角,从宪法第33条在该章中所处的位置来看“人权条款”的属性。一般而言,某一章节的第一条会对该部分起一个引领作用,统率该部分的内容并对该部分有一个概括。将该条视为对本章权利义务的导引原则似乎也可成立,因为该条的第1款和第4款都是统领整章的。<sup>⑦</sup>但由此可能会引发这样的问题:如果该条是原则性条文,因此第33条第3款即“人权条款”也是宪法原则,那么如何理解平等权?它是否也是一项宪法原则?如果是,为什么将其置于更具普遍性、概括性的人权原则之前?对此,笔者认为,相对于第34条及以下实质性的宪法权利义务,平等权更强调其形式属性。在进行权利主张时,它本身要结合实质性条款、填充实质内容才能发挥作用,因此可将平等权视为宪法原则。之所以将其置于更为抽象“人权条款”之前,给人们造成逻辑上不自洽的印象,或许跟汉语的表达习惯有关。<sup>⑧</sup>

## (二) 中国法文化背景下的“人权条款”

前已述及,“人权”二字本不是我国自己出产的“原装”产品,它已经有了深深的西方自然法的烙印,因此

③ 参见韩大元:《宪法文本中“人权条款”的规范分析》,载《法学家》2004年第4期。

④ [日]佐藤幸治:《人权的观念与主体》,载《公法研究》1999年第1期,转引自叶俊言:《论非列举权利之宪法保障》,国立政治大学法律学研究所2002届硕士论文,第51页。

⑤ 参见[日]桶口洋一等编:《日本宪法注解(1)》,转引自韩大元:《宪法文本中“人权条款”的规范分析》,载《法学家》2004年第4期。

⑥ 王世杰、钱端升:《比较宪法》,商务印书馆1999年版,第73页。

⑦ 第一款规定了权利与义务的主体,第四款规定了权利与义务的一致性。第一款规定“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民”。第四款规定“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务”。

⑧ 这是因为,第一款规定:凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。第二款规定:中华人民共和国公民在法律面前一律平等。第一款的结尾和第二款的开头都是“中华人民共和国公民”,这是汉语的修辞方式之一(顶真),如果将人权条款放在两者之间,可能会缺乏句子的韵律和美感,阅读时有所不畅,尽管从逻辑上没有问题。

也具有了浓重的西方法文化色彩。而关于自然法内涵的争论与分歧,在西方早已是聚讼纷纷了。<sup>⑨</sup>从古希腊到文艺复兴,再到纳粹帝国及二战之后,它为各色人等染指并赋予了不同涵义。在自然法的旗帜下,有的主张对人的尊严与权利的尊重、有的容忍奴隶制、有的积极主张种族灭绝。但其虚妄性和不确定性并未使其消亡,因为:在完美的法律理论和法律制度出现以前,自然法永远有其存在的理由和价值——只要承认“完美”只是一种理想的话,不朽的自然法精神就“永远不可能被熄灭”。<sup>⑩</sup>与自然法相伴的自然权利被认为是依据自然法则和人性而来的,而不是来自国家的制定法,它们是不可让与和不可变更的权利,牢固扎根于古代、中世纪和近代的自然法理论并在《独立宣言》和《人权宣言》所强调和重申。<sup>⑪</sup>自然权利和“人权”衔接了自然法与实证法,在一定程度上既克服了自然法的虚妄与不确定性,又克服了实证法的狭隘性与教条性,为实证法提供了评判标准和尺度。

那么,在不存在西方自然法的中国法文化背景下,人权的学理意涵和规范意涵就颇值得讨论了。其实,即便在西方,由于自然法这个“瓶子”里在不同的国家或地区、不同的时代盛了不同的“酒”,因此登特列夫才将仅仅依凭自然法的名称而不问其内容而梳理自然法的以确定它的沿革的研究方式称为“最大的幻想”。<sup>⑫</sup>就中国有没有自然法这一问题,有两种针锋相对的观点。反对者认为自然法是西方社会特有的产物,根植于西方的法文化背景,中国与之截然不同,甚至可以说是完全对立,因此中国当然没有自然法,也自然没有法治。<sup>⑬</sup>赞同者则认为中国有自然法,儒家思想即是自然法<sup>⑭</sup>甚至不加区分地将两者等而言之。

对于这个问题,从比较法的角度来看,超越概念的“名”、代之以“实”对其进行比较是更为恰当的,而这个“实”就是其内在的理路。因为即便在西方,除了名称相同之外,中世纪的自然法观念与近代的自然法观念,几无共同之处。<sup>⑮</sup>如果我们基于功能比较这一更高层面的比较方法,将自然法及与之相应的自然权利和“人权”定位于一种基于人性尊严而设立的超越实证法的评判标准,那么可以说,任何法律文化背景下国家或地区都有自己的自然法。关于中国人权的缘起,是先于国家的“天赋”;还是后于国家的“法赋”、“国赋”乃至“人赋”、“商赋”,存在着诸多争论。<sup>⑯</sup>对此,夏勇教授有着深刻而精当的论述:尽管从我国的传统学说和当代理论中很难找到西方式的自然权利,但“人之作为人的要求和尊严……,是内在于每个人自身,是人之天性、民之本性”,“我们的同胞也是人,是正常的人,是有尊严和价值的人。在具备人之作为人的一般特性的意义上,他们与欧洲人、美洲人、非洲人和其他国家的人毫无二致。他们不希望在没有满足需求时被说成是没有需求”。<sup>⑰</sup>基于这种人的天性与本性,即所谓“天爵”,一些特定的权利和义务可以被启发和支持。<sup>⑱</sup>当然,这里的“人”是兼具生物属性与社会属性的人。这里的“天”,在西方社会里可能是神学自然法中的上帝或俗世自然法中的人的理性,在中国社会里则可能是基于“天人合一”理念而指涉的自然规律。因此,从功能比较的角度,中国有着以自己的语言表述而功能上与西方自然法相似的自然法,相应地也就有了自然权利。这就使中国的人权学理意义上有了一种基于本性而先于国家、不可让与和侵犯的性质。而宪法规范中的“人权条款”,则具有了实证法与自然法的双重属性。之所以说它具有实证法属性,是因为它已经以一种最高法律规范的形式出现在宪法条文中;而说它具有自然法属性,则是因为在中国法文化背景下它具有超越

⑨ 因此登特列夫说:“‘自然’这个字乃是造成一切含混的原因,未能清楚分辨其不同含义,乃是自然法学说中一切暧昧含混之由来”。参见[意]登特列夫:《自然法——法律哲学导论》李日章译,台北联经事业出版公司1984年版,第2页。

⑩ 参见陈林林:《从自然法到自然权利》载《浙江大学学报》2003年第2期。

⑪ David M. Walker *The Oxford Companion to Law* Oxford: Clarendon Press 1980 p 870

⑫ 参见前注⑨, [意]登特列夫书,第4页。

⑬ 关于中国“无自然法”说的文献,可参见俞荣根:《儒家法思想通论》广西人民出版社1992年版,第134页;白强:《论中国儒道法思想与西方自然法特质》载《重庆大学学报》(社会科学版)2003年第5期; [美]昂格尔:《现代社会中的法律》吴玉章、周汉华译,中国政法大学出版社1994年版,第9页。

⑭ 参见崔永东、龙文茂:《“中国古代无自然法说”平议》载《比较法研究》1997年第4期。

⑮ 参见前注⑨, [意]登特列夫书,第4页。

⑯ 参见李步云:《宪法的几个理论问题》载《中国社会科学院研究生院学报》2002年第6期。

⑰ 夏勇:《中国民权哲学》,三联书店2004年版,第49页。

⑱ 参见前注⑮ 夏勇书,第9—10页。

实证法、评价实证法、维护作为宪法权利的核心——人性尊严——的特点。因此，“人权条款”此时具有了作为宪法具体权利的总括与成为宪法基本原则和价值的功能。

### （三）当前中国时代背景下的“人权条款”

以一种全景式的视野对当前中国的时代背景进行一个总括是一个艰巨的任务，但勾勒这个全景也并非无迹可寻。时至今日，改革开放已经进行了三十余年，在这一时期，中国在政治、经济、社会生活、公众思想等各方面都发生了巨大的变化。这些变化的缩影和规范表达可以从宪法修正案中窥得一斑。如宪法修正案第 3、4、18、19 条体现了在政治层面对执政基础的巩固，第 6 至 9 条和 20 至 22 条体现了向市场经济的转型，第 23 条则体现出对社会保障和民生的强调，而第 13、17、24 条体现了国家治国方略的转变及对“人权”的肯认。

宪法修正案背后的强有力的支撑之一即是执政党的意志和关注点。在社会主义这一旗帜下，对改革开放的坚持是执政党当前最为强调的一点。这在中共屡次全国代表大会尤其是 17 大会议及其前后的诸多官方文件中均有明确体现。只有在改革开放的基础上，才有对民生、小康社会、社会主义法治理念等问题的强调。而作为政治走向的改革开放在对宪法条文的理解、解释方面体现为以一种开放性、成长性的态度，结合现实理解、解释、对待宪法规范，而这种态度与方式也是西方法律家所肯定和坚持的。<sup>⑨</sup> 在这些背景下，具有特定表述方式的“人权条款”具有了丰富的意涵：“国家尊重和保障人权”一句的主语是国家，谓语包含尊重与保障两层意涵。其中，“尊重”体现的是国家的消极不作为，是对公民消极权利（freedom from）的肯定；而“保障”所体现的国家消除阻碍公民行使权利的障碍的积极作为，则是对公民积极权利（freedom to）的肯定。这使得作为宾语的“人权”二字具有多样化的色彩，而消极权利和积极权利的内容又极其广阔，涵盖了我国宪法第 34 条以下诸多的具体宪法权利内容，由此，“人权”具有宪法原则的特点，已经不是呼之欲出，而几乎是一览无遗了。

## 二、结构主义框架下的宪法未列举权利

### （一）宪法未列举权利的特征

既然“人权”是人之为人、基于人性尊严而拥有的权利，那么人权的主体与内容会随着不同时代“人”的形象而变化。在古希腊亚里士多德那里，奴隶仅仅是生物学意义上的“人”而非具有法律人格的“人”。在自由资本主义时代，法律意义上的“人”借鉴了古典经济学的知识成果，将“人”定位与具有完全理性、知晓自己最大利益的人。在垄断资本主义时期，由于垄断资本对人的异化而侧重对资本弱势者进行保护，这时法律人格的形象又转化为“弱而愚”的人。<sup>⑩</sup> 相应地，“人权”的内容也发生了改变，从强调国家只当好“守夜人”、保护消极权利变为也提供社会保障及服务、保护积极权利。这些权利乃至后来的发展权，环境和平的维持与保护都容纳在“人权”这个“瓶子”里。而这些新的权利并不能为宪法规范所完全列举，对于那些宪法没有明示规定但又对于一个具有完全法律人格的个体而言不可或缺的人权，同样需要宪法的保护。这些没有被宪法列举而应由宪法所保护的默示权利，即为宪法未列举权利。

宪法未列举权利条款的存在，无疑将会大大丰富宪法权利的内涵，从而使得宪法在时代变迁中保持活力。除具有宪法权利的一般特征外，宪法未列举权利还具备默示性、概括性与融和性等独有特性。其默示性主要体现在宪法未列举权利的内容没有在宪法规范中做具体的规定，但从一国宪法中所蕴含的基本的价值构造与意识形态中可以推导出来。其概括性主要体现为未列举权利条款自身表达的特点，这些条款不对某种特定权利进行表述，而是以“兜底”的方式概括地表达。对于列举条款所无法直接包容的权利以及随着时代发展而衍生的新兴权利而言，以概括的语句进行权利表达，可以避免权利保障的“挂一漏万”。宪法未列举权利的融合性是指未列举权条款可以跟其他规定了具体宪法权利的条款“合作”而催产出新的权利。这充分地体现在美国宪法隐私权产生的过程中。从 1965 年著名的 *Griswold v. Connecticut* 案联邦最高法院的判决可以看出，相对于金伯格大法官较明朗地认为结合第 14 条修正案和第 9 修正案包含有婚姻中的隐私

<sup>⑨</sup> 如美国联邦最高法院 Brandeis 大法官认为，宪法“具有成长性，能扩展并吸收新的条件。成长性意味着政治、经济和社会的变化。因为我们的宪法拥有成长和吸收的能力，它能够作为发展着的人权基本法”。See Ernst Benda, *The Protection of Human Dignity*, Southern Methodist University Law Review Vol.53 (2000), pp. 452—453.

<sup>⑩</sup> 参见[日]星野英一：《私法中的人》王闯译，中国法制出版社 2004 年版，第 8 页。

权,道格拉斯大法官对于第9修正案是对第1、3、4、5条修正案所列举权利的“伴影”下的隐私区域的概括和统合,还是第9修正案和它们一起共同构成了婚姻中的隐私权的“伴影”语焉不详。但一般认为,正是上述修正案的“合力”构成了婚姻中的隐私权的“伴影”。<sup>②</sup>自此,该权利在“伴影”理论的润泽下,在宪法文本的支持下破茧而出,成为一项在世界范围内受到肯认和尊重的宪法权利。

## (二) 宪法未列举权利的缘起与沿革

宪法未列举权利的产生自有其现实意义和规范意义上的背景与因素。从结构主义的视角分析,或许有一个宏观的影像。以首先诞生宪法未列举权利规范文本的美国为例,自然法、联邦主义之争和具体案例背后的诸如民权运动、女权运动等社会变迁合力直接或间接地促成了规范意义上宪法未列举权利的产生。

### 1. 自然法——宪法未列举权利之源

自然法是西方法文化的底色。自然法借助于理性建构的此岸与彼岸、实然与应然世界二元区分,为实在法提供了价值评判尺度,从而使其具有普适性的超验品格。这为美国宪法的建制提供了稳固的思想动力和理论支撑。从美国现行宪法文本看,基于自然法的“自然权利”通过宪法文本实证化为宪法权利,已然成为美国宪法的核心内容与中心问题。在现有的27条修正案中,有16条和权利问题直接相关,而其他各条则多为技术性改进或调整规范,故而,其修正案对宪法所有原则性的修改均与公民权利相关。可以说,美国宪法是一部以协调权力和权利的关系为核心的根本法,美国宪政的演进史也可以视为一部不同群体和个人在宪法框架中重新界定和争取权利的记录。<sup>③</sup>由此可见,自然权利理念贯穿宪法文本始终,成为美国宪法权利的不竭源泉。宪法未列举权利受到宪法保障的主要原因正是基于“近代人权”的基本原理,即是“人之所以为人,理所应当享有的权利”的自然权利思想。

### 2 联邦主义之争——宪法未列举权利条款产生的历史背景

在美国宪法生成的过程中,一直存在着联邦主义和反联邦主义之争。联邦主义的“核心问题就是赞成强化‘联邦’或者总体权威”,优先考量“联邦”的整体利益。1787年宪法设计的联邦制的目的是要建设一个真正的国家,一个“更完善的联盟”。以“能够抵抗外来力量,可以自己维持下去而内部不致腐化”。<sup>④</sup>这一主张遭到反联邦主义者的反对,他们更强调州是个人自由的自然家园、州与地方政府的自治,担心一个过于强大的联邦对地方自治和他们平等、自由生活的威胁,因此他们强调在宪法中增加《权利法案》以便对于州和人民在联邦宪法规范中所享有的列举和未列举的权利进行保护。

对于反联邦党人坚决要求增加《权利法案》的主张,联邦党人认为,“宪法不是个人之间的,而是主权独立的各州之间的契约”,<sup>⑤</sup>是限制和规范政府权力的基本规则,而且各州宪法中已经包含了《权利法案》的内容,因此没有必要把它们再写入联邦宪法中。权利法案不仅不必要,而且是危险的。因为,宪法文本对于宪法权利的列举,意味着未列举权利被同时默示否认。

“宪法之父”麦迪逊被认为是制宪会议的伟大调和者,他促成持不同政见的联邦党人与反联邦党人达成政治共识。麦迪逊最初反对增加权利法案,因为他和汉密尔顿一样,觉得一个只拥有有限权力的联邦政府没有被授权来剥夺个人自由。但是,当他发现主张有权利法案的多数意见最终占了上风,如若不制定权利法案,宪法就可能无法被批准之时,<sup>⑥</sup>他就坚决地向反联邦党人做出了让步,明确地表明要保护一些不受联邦政府掌控的基本权利。由此,《权利法案》得以制定乃至通过,作为宪法未列举权利条款的第9修正案得以产生。

### 3 司法适用中的转变——宪法未列举权利被“激活”与产生

美国联邦宪法第9修正案是人类历史上第一次以宪法规范的方式保护那些宪法所没有列举的权利的条

② Cameron S. Matheson, *The Once and Future Ninth Amendment*, *Boston College Law Review* Vol. 38 (1996), p. 189.

③ 参见李剑鸣:《美国宪法何以成为“活着的宪法”》,载《美国研究》2001年第2期。

④ [美]汉密尔顿等:《联邦党人文集》程逢如等译,商务印书馆1980年版,第43—44页。

⑤ [美]赫伯特·斯托林:《反联邦党人赞成什么》,汪庆华译,北京大学出版社2006年版,第25、121页。

⑥ Russell L. Caplan, *The History and Meaning of the Ninth Amendment*, *Virginia Law Review* Vol. 69 (1983), pp. 252—

款。它规定：本宪法对特定权利的列举，不得被解释为否定或忽视由人民保留的其他权利。在 19 世纪，人们对该条款的谈论甚少，而在“新政”之前，第 9 修正案一直被认为是联邦权力进行恰当解释的条文。联邦最高法院从没有将第 9 修正案视为保障宪法未列举权利的规定加以适用过。<sup>②⑥</sup>《权利法案》的作者麦迪逊曾对第 9 修正案的含义曾进行过详细的说明。他和他所提名的联邦最高法院大法官斯托里（Story）都强调将第 9 修正案作为限制对联邦权力进行扩张性解释的原则。<sup>②⑦</sup>在 *Houston v. Moore* 案中，休斯顿（Houston）主张，所有没有明确保留给州的权力都排他性地由联邦享有。斯托里运用第 9 修正案所宣布的解释规则拒绝这种观点。在斯托里看来，限制联邦权力，而不是扩张联邦权力或是保护特定的权利，是第 9 修正案的核心要点。“宪法之父”麦迪逊和大法官斯托里对第 9 修正案所进行的联邦主义式解读作为通说贯穿了整个 19 世纪，为各级法院所承袭。<sup>②⑧</sup>

促使对第 9 修正案的理解和解释发生根本性转变的是罗斯福总统。他在 1936 年第二次当选之后提出了“法院改组计划”（Court Packing Plan）。不知道是对这个计划的担忧还是个人的认知有了变化，在著名的 *West Coast Hotel Co. v. Parrish*<sup>②⑨</sup> 一案中，罗伯茨（Roberts）大法官突然发生了“及时的转变”，<sup>②⑩</sup>转而支持他曾经强烈反对的扩张联邦权力的观点，以 5:4 的微弱优势判定华盛顿州规定妇女最低工资的法律合宪。*Griswold* 案进一步“激活”了第 9 修正案，导致了关于第 9 修正案现代观点的产生，<sup>②⑪</sup>该修正案的意义自此发生了巨变，个人享有的宪法未列举权利由此而产生。在 *Griswold* 案中，原告由于违反了康州法律为已婚人士提供有关避孕方法的信息、指导和医学建议，为妇女进行体检并开出最佳的避孕器具和药物以供她们使用而被捕和定罪。案件最后上诉至联邦最高法院，大法官们以明显优势认定康州法律侵犯了婚姻中的隐私权，并推翻原判。值得注意的是，该隐私权既没有为美国宪法条文所明文列举，也没有被以往判例明确承认为基本权利，而是由法院在该案通过运用独特的“伴影（penumbra）”理论，首次推导出来的一种类型化的基本权利。在该案中，第 9 修正案首次在联邦最高法院未列举权利的推导中发挥保障个人权利的作用——尽管它起到的只是辅助作用。原本用以限制联邦权力积极扩张的第 9 修正案文本，被有意无意地“曲解”并被作为文本基础推导出宪法未列举权利。尽管有学者在系统梳理了相关法律史资料对第 9 修正案的原意进行了精致分析后认为该案的结论纯属误读，但隐私权的确由此产生了，在之后一系列的诉至联邦最高法院的案件中得以维持。<sup>②⑫</sup>

从隐私权这一宪法未列举权利充满戏剧性的产生历程来看，颇有“说你有了你就有，没有也有”的效果。但无论是新政前后联邦最高法院的法官态度变化还是隐私权的产生，看似偶然的、受个别人士观点转变而根本地改变了判决的情形，其后的影响因素是巨大的时代转型和汹涌的社会思潮。哈耶克即认为，1936 年总统大选的结果似乎也使最高法院认识到罗斯福新政得到美国选民的广泛赞同，据此，最高法院才改变了自己的立场。<sup>②⑬</sup>而隐私权及相关的罗伊诉韦德、凯西案背后涌动的是民权运动、女权运动的暗流。总之，时代的发展、社会的需求使得一个本来不存在的、规范意义上个人享有的宪法未列举权利借着一个限制联邦权力的条款横空出世，并在之后的案件中受到尊重和肯定。

### 三、“人权条款”与宪法未列举权利

<sup>②⑥</sup> Kurt T. Lash, The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment, *Texas Law Review* Vol.83(2005), p. 597.

<sup>②⑦</sup> James Madison, Speech in Congress Proposing Constitutional Amendments (June 8, 1789), in James Madison, *Writings* 489 (Jack N. Rakove ed., 1999). 转引自 Kurt T. Lash, The Lost Jurisprudence of the Ninth Amendment, *Texas Law Review* Vol.83(2005), p. 602.

<sup>②⑧</sup> 前注<sup>②⑥</sup> Kurt T. Lash, p. 597.

<sup>②⑨</sup> 300 U. S. 379 (1937).

<sup>②⑩</sup> Barry Cushman, Rethinking the new deal court, *Virginia Law Review* Vol.80(1994), p. 221.

<sup>②⑪</sup> Andrew King, What the Supreme Court Isn't Saying About Federalism, the Ninth Amendment, and Medical Marijuana, *Arkansas Law Review* Vol.59(2006), p.755.

<sup>②⑫</sup> *Roe v. Wade*, 410 U. S. 113 (1973). *Planned Parenthood of Southern Pennsylvania v. Casey*, 505 U. S. 833, 112 S. Ct. 2971 (1992).

<sup>②⑬</sup> 参见[英]哈耶克：《自由秩序原理》（上），邓正来译，三联书店 1997 年版，第 242—243 页。



### (一) 时代变迁与未列举权利规范

改革开放三十余年的历程也是中国逐步走向权利时代的过程。在这一过程中,公民的宪法应有权利、法定权利和实然权利都发生了巨变。如果说公民实际享有的宪法权利不断发展体现在具体的社会生活中,法定权利的发展体现在诸多宪法修正案和生成的法律规范文本中,那么可以说公民的宪法应有权利体现在对“人”这一权利主体认识变化中。享有宪法权利的主体不再区分为人民、敌人、国民,他们变为具有同样法律人格的“人”,这种“人”在法律中的形象也随着时代的发展而发生着相应的微调乃至转变。相应地,其所享有的宪法权利也有所变化。时代在塑造新的人的形象,使得法律中的人像更为全面和丰满,时代的发展使得人的需求更为多样化,不仅物质需求提高,权利需求也同样提升,一些新兴权利主张应运而生。

然而,这些主张未必能为既有的权利规范所包含、容纳。改变这一情形的方式之一是修改宪法,而修宪的门槛使得将这些权利成为宪法规范具有相当的难度。而且我国当前处于一个急速变化的激荡时代中,如果以频繁修宪的方式满足时代需求,宪法的稳定性和权威可能被削弱。这在尚无宪法诉讼、宪法权威本身亟待树立的中国更是两难问题。此时,若有宪法概括性条款,以一种概括、兜底的方式对于宪法本应包含而既有规范没有列出的权利进行涵盖,把宪法规范明示权利之外的权利包容进去,不仅是一种既维护宪法稳定性与权威,又能使宪法规范随时代变迁不断焕发活力的途径,而且是法治发达国家的有益经验。

综观世界各国宪法的文本表达,未列举权利条款大致有两种表述方式:一种是间接规范方式,以美国为代表。美国宪法第9修正案规定:“本宪法对特定权利的列举,不得被解释为否定或贬损由人民保留的其他权利。”第二种是直接规范方式,以德国为代表。《德意志联邦共和国基本法》(1949)第2条第1项规定:“人人都有自由发展个性的权利,但不得侵犯他人的权利或触犯宪法秩序或道德准则。”间接规范方式是指在宪法文本中以不否定未列举权利存在的方式来肯认宪法未列举权利的存在,从而形成宪法未列举权利与列举权利共存于宪法文本中的权利格局。直接规范方式是指在宪法文本中通过设立概括性人权条款,将宪法列举和未列举的权利全部涵盖其中。因此,在德国,宪法未列举权利条款被称之为“概括性人权条款”。

### (二) “人权条款”“容纳”宪法未列举权利的理由

基于宪法未列举权利条款具有诸如适应时代发展和社会需求等前述优点,以及世界法制与法治发展的趋势和世界各国宪法实践的确证可知,宪法文本中出现概括权利条款实为大势所趋。而我国的“人权条款”则为宪法未列举权利提供了“安身之所”。前已述及,在结构主义视野中,“人权条款”承载了使人之为、维护人性尊严的功用,适于作为宪法原则承担引领整个宪法权利体系,以间接规范的方式为新型宪法权利的推定和未列举权利保护提供了规范依据与基础。<sup>④</sup>在当前中国的场景下,从宪法未列举权利规范的面向理解“人权条款”,有利于维护作为宪法权利核心的人性尊严、完善我国的宪法权利体系以及满足时代变迁的需求,并进而为法治国家的构建提供规范支持。

维护作为宪法权利核心的人性尊严。对人性尊严的维护与保障是保护人权的目标。人性尊严的观念来自古典的人本主义思想,在中世纪得到发展,此后成为康德思想的核心内容之一。在康德那里,人是必须受到尊重的对象,人的存在本身就是目的,而不仅仅是手段。这一思想在经历了对纳粹德国的反思后成为德国波恩基本法的第一条:“人性尊严不可侵犯,尊重及保障此种尊严为国家所有机关之义务”。人性尊严不仅是德国基本权的核心,还是几乎所有法治发达国家与地区的宪法基本理念与原则,并可能成为中国宪法核心理念。<sup>⑤</sup>“人权条款”可以通过作为未列举权利的文本依据保护诸多既有文本中欠缺的基本权利,以维护直接的人性尊严。如作为所有其他基本权利附丽之基础的生命权,如享受“独处的权利”(the right to be alone)而避免他人或政府干预的隐私权,如在不违反损害原则的条件下追求自身幸福、不受干涉的自我决定权。

完善我国的宪法权利体系。以法典形式构筑权利框架和体系有其固有的优势和缺陷,其优势体现在稳定与明晰,而其缺陷则体现在僵化和凝滞。在既有的规范文本无法涵盖新兴宪法权利之时,以直接规范或间接规范方式概括保护宪法权利是一种重要的补充方式,可以一定程度上弥补其缺陷。“人权条款”可以通过

④ 参见林来梵、季彦敏:《人权保障:作为原则的意义》载《法商研究》2005年第2期。

⑤ 参见孙笑侠、郭春镇:《法律父爱主义在中国的适用》载《中国社会科学》2006年第1期。

作为未列举权利的文本依据保护诸多现有文本中没有涵盖的基本权利。现行宪法文本中仍有一些法治国家必需的人权而没被列举,如公民对公权力运行和公共事务的知情权,公民在行政与刑事诉讼中的程序性权利以及最终获得司法救济的权利,“人权条款”同样为它们的存在留下了“安身之处”。

满足时代变迁的需求。庞德曾经强调法学的首要问题之一是研究法律的稳定 and 变化相互协调或相和谐。<sup>②③</sup> 我们生活在一个社会不断变迁的真实世界而非“规范天国”里,法律必需对真实世界的变迁有所回应,因此法律在保持稳定性的同时必须适应社会的发展,其中当然包括要适应随社会发展而生的权利诉求。通过宪法解释的方式,将“人权条款”视为宪法未列举权利的“安身之处”,既兼顾了宪法的稳定性与开放性、成长性,又维护了宪法的权威,适应了社会的发展。在当前中国,社会和谐是我们所面临的主要任务和根本目标,和谐社会涵盖了人与自然的和谐和人与人之间的和谐。“人权条款”中所蕴含的宪法未列举的环境权和迁徙权则是实现这两种和谐的重要途径,是达致社会公平与正义这一“社会主义制度的首要价值”<sup>②④</sup>的重要方式。在现有宪法文本没有这些公民基本权利的时候,“人权条款”则为它们留下了“栖身”的空间。

#### 四、结语

“人权条款”是改革开放三十余年来中国法治建设中最具标志性的成果之一。它在宪法文本中所处的位置尽管使其意涵有些模糊并可能引发争议,但从结构主义的视角分析,将其置于整个规范体系、中国法文化背景和当前进一步改革开放的场景下,可以看出它更像是一个宪法原则和宪法权利的概括条款。当然,在此基础上,也不妨将其视为一种国家的价值观。而宪法未列举权利源自美国第 9 修正案文本,它的发展历程突出表明了时代发展和人类需求对产生新兴权利的积极影响,它也为对宪法规范进行成长性解读、引导出新兴权利提供了样板。我国当前正处于进一步的社会变革之中,在宪法列举的权利文本中无法对某些新兴权利提供规范支持的情况下,“人权条款”则为其提供了“安身之所”,并为今后可能产生的其他新兴权利预留了空间。

(责任编辑:秦前红)

<sup>②③</sup> 参见[美]庞德:《法律史解释》,邓正来译,中国法制出版社 2002 年版,第 2、30 页。

<sup>②④</sup> 温家宝总理在十届全国人大五次会议与中外记者见面并回答记者的提问(2008-08-19). <http://politics.people.com.cn/GB/1024/5481657.html>